Zeitschrift für öffentliches Recht

Herausgegeben

von

Edmund Bernatzik †
Max Hussarek
Hans Kelsen
Heinrich Lammasch †
Adolf Menzel

I. Band.

1919/20.
Franz Deuticke
Wien und Leipzig.

Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung[1].

Von **Fritz Sander.**

I.

Die politischen Ereignisse der Gegenwart stellen verschiedene Probleme der Rechtswissenschaft, die bisher lediglich Gegenstand theoretischer Untersuchungen waren, in das volle Licht praktischer Aktualität. Man wird geneigt sein, in diesem Zusammenhange vorwiegend an die Probleme der „Rechtspolitik" zu denken, jenes einen Zweiges der unter dem Sammelnamen „Rechtswissenschaft" bearbeiteten, methodisch sehr verschiedenartigen Erkenntnisgebiete, in welchem der „Rechtssatz" nicht als zweckbefreites Material der Erkenntnis, sondern als ein Mittel zur Erreichung sozialer Zwecke betrachtet wird. Eine „Rechtspolitik" als Wissenschaft d. h. als Zusammenhang objektiver Erkenntnisse besteht trotz mancher, seit Kajetan Filangiers im Jahre 1780 erschienener „scienza della legislazione" wiederholter, schätzenswerter Versuche nicht. Dies gilt überhaupt von der in den letzten Jahren auch in Deutschland recht eifrig gepflegten „Wissenschaft" der Politik. „Wissenschaft der Politik" bedeutet nur: entweder die Beschreibung gewisser individueller oder sozialer Strebungen und deren Erfolge, also eine bestimmte Art der Geschichtsschreibung und Soziologie oder den „Willen" zur Wissenschaft, den tastenden Versuch, zu einem gültigen Erkenntniszusammenhange zu gelangen. Es scheint ein aussichtsloses Beginnen zu sein, objektiv gültige soziale Zwecke, es scheint bei der unendlichen Verflochtenheit sozialer Verhältnisse unmöglich, zu bestimmten gültig vorausgesetzten sozialen Zwecken notwendig hinführende soziale Mittel zu erkennen. Immerhin darf nur von einem Scheine der Unmöglichkeit gesprochen werden. Denn es bleibt wenigstens denk-

[1]) Die folgende kleine Skizze entnimmt ihren Gedankengang einem im Laufe dieses Jahres erscheinenden Buche: „Der Begriff des Staates und das Völkerrecht".

bar, daß auch der Wissenschaft sozialer Zielsetzung ein Kopernikus, Newton oder Kant ersteht, der den bisherigen Tummelplatz subjektiver Meinungen und Wünsche in ein Feld allgemein gültiger und notwendiger Erkenntnisse verwandelt. Aber solange die „kopernikanische Wendung" politischer Erkenntnis nicht erfolgt ist, darf „Politik" — also auch Rechtspolitik — nicht als Lehre von objektiv gültigen sozialen Mitteln und Zwecken angesehen werden.

Wäre Rechtspolitik bereits ein System objektiver Erkenntnisurteile, so hätte jene Wissenschaft vom Rechte, welcher der Rechtssatz nicht Mittel zum Zwecke, sondern zweckbefreites Erkenntnismaterial ist, gleichwohl allen Grund, jede methodische Gemeinschaft mit der „Wissenschaft der Rechtspolitik" abzulehnen. Rechtspolitik bliebe immer die Lehre von einer bestimmten sozialen Technik, von der Wissenschaft des geltenden Rechtes nicht minder verschieden, als die naturtechnischen Lehren von der reinen Naturwissenschaft. Freilich „Naturtechnik" darf Anspruch auf Objektivität erheben, weil sie allgemein-gültige und notwendige Urteile über Zusammenhänge zwischen Mitteln und Zwecken fällt, diese Zusammenhänge innerhalb enger Fehlergrenzen mit mathematischer Sicherheit errechnet. „Sozialtechnik" hingegen ist ein Bündel subjektiver Meinungen und Wünsche und ihre Nachbarschaft wird deshalb der Wissenschaft vom geltenden Rechte weit gefährlicher, als die Nachbarschaft der Naturtechnik der reinen Naturwissenschaft. Mathematische Naturwissenschaft kann durch die Subjektivität des Zweckbegriffes nicht mehr verwirrt werden.

Anders ist das Verhältnis zwischen dem Zweckbegriffe und der Wissenschaft vom geltenden Rechte. Es wäre methodische Verwirrung, wenn objektive Zweckbegriffe in das System der Wissenschaft vom geltenden Rechte einbrechen würden, es ist methodische Katastrophe, daß subjektive Zweckbegriffe immer wieder das Wissenschaftssystem vom geltenden Rechte färben. Wir haben keine reine Rechtswissenschaft als Analogon reiner Naturwissenschaft. Die Stelle reiner Rechtswissenschaft nimmt die „Rechtsdogmatik" ein, freilich mit unverkennbar fortschreitender Tendenz, sich zur reinen Rechtswissenschaft zu läutern. Daß diese Läuterung — eine Befreiung von historischen, soziologischen und vorwiegend politischen Begriffen — nur zaghaft und stockend vor sich geht, hat vor allem zwei Gründe.

Erstens sind Wohl und Wehe des Menschen, also auch des erkennenden Menschen, weit inniger mit den „Politik" genannten

sozialen Zielsetzungen verknüpft, als mit den Zielsetzungen der Naturtechnik; das Postulat der Objektivität wissenschaftlicher Erkenntnis tritt dem Rechtsforscher als ein Postulat weit tieferer Selbstüberwindung, weit tieferer Bezwingung subjektiver Meinungen und Vorurteile gegenüber, als dem Naturforscher. Zu erkennen, was rechtlich ist, bedeutet schmerzlichere Selbstentäußerung, als zu erkennen, was natürlich ist.

Zweitens aber fehlt der Rechtswissenschaft die mathematische Methode der Naturwissenschaft, welche, frei von den Vieldeutigkeiten und Vorurteilen der Sprache, rein logische Relationen darzustellen vermag. Naturwissenschaft darf füglich der „Kritik der Sprache" entsagen, weil ihre Mathematik den Einbruch des unwissenschaftlichen Alltags hindert. Reine Rechtswissenschaft hingegen kann sich nur in ununterbrochener Kritik der Sprache, der Alltagssprache vollziehen.

Stellen wir uns nun die Frage: Vor welche Probleme ist gegenwärtig die reine Rechtswissenschaft gestellt? — so dürfen wir alle diese Probleme als „Problem der Revolution" zusammenfassen. Der Rechtsdogmatik bedeutet „Revolution", einen durch „faktisches" (historisches, soziales, politisches) Geschehen bewirkten Bruch einer geltenden Rechtsordnung, Vernichtung einzelner Teile der Rechtsordnung oder einer Verfassung des faktisch fortbestehenden Staates oder gar des Staates selbst, Vernichtung durch brutale, metarechtliche Tatsachen, nicht Abänderung auf Grund geltender Rechtssätze. Nur von der Revolution als staatsvernichtendem Faktum sei hier gesprochen, wobei wir unter „Revolution" nicht nur gewaltsame soziale Verschiebungen innerhalb einer Staatsgesellschaft, sondern alle staatszerstörenden „Fakten", auch von außen auf die Gesellschaft einwirkende, wie den Krieg, verstanden wissen wollen. Dieses Problem der Revolution birgt in seinem logischen Kerne das Problem der Kontinuität der Rechtsordnung. Nur beiläufig sei erwähnt, daß dieses Problem und die Art seiner Lösung von eminenter „praktischer" Bedeutung sind, weil nur von hier aus alle die „Staatensukzession" betreffenden Fragen ihre Beantwortung finden können. Im übrigen unterlassen wir jede Bezugnahme auf die „Praxis", weil „Praxis" gerade auf dem Gebiete des Rechtes nichts anderes bedeutet als eine bestimmte Art der Theorie, nämlich jene Theorie, welche der Praktiker sich irgendwie gebildet hat, nach welcher er die Praxis ausübt. Nur von einem Widerstreite zwischen Theorie und Theorie, nicht zwischen Theorie und Praxis, kann überhaupt mit

Sinn gesprochen werden, es sei denn, daß man unter „Praxis" die mit Durchsetzungsmacht und Durchsetzungsgelegenheit ausgestattete Theorie verstünde, womit man freilich am Ende jeder wissenschaftlichen Erörterung angelangt wäre.

Um es kurz zu sagen: Die Rechtsdogmatik sieht in der staatszerstörenden Revolution ein rechtliche Diskontinuität bewirkendes Faktum. Der „Staat" ist eine Volk und Gebiet beherrschende Organisation, ein Herrschaftsapparat, also ein historisch-politisch-soziologisch feststellbares, in natürlichem, metarechtlichem Werdeprozesse entstehendes soziales Gebilde. Ist ein solcher Herrschaftsapparat mit allen seinen — verschieden definierten — Elementen fertig, dann setzt die Rechtsbetrachtung ein. Wird dieser Herrschaftsapparat durch gewisse natürliche Prozesse — Revolution — zerstört, dann setzt die Rechtsbetrachtung aus. Die Revolution schafft eine Cäsur, eine Diskontinuität zwischen dem vor- und dem nachrevolutionären Rechte.

Die vorstehend kurz angedeutete herrschende Rechtstheorie sei „Katastrophentheorie" genannt, in Analogie der das 18. und die ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts beherrschenden geologischen Katastrophentheorie. Die von Cuvier und d'Orbigny zur vollsten Entfaltung gebrachte geologische Katastrophenlehre läßt die Erdgeschichte in eine Reihe durch „Revolutionen, Katastrophen und Kataklysmen" getrennter, je mit einem selbständigen Schöpfungsakte anhebender Perioden zerfallen, deren jeder ein bestimmtes geologisch-biologisches System entspricht. Jedes dieser Systeme ist streng eigengesetzlich, die entsprechenden biologischen Arten sind unveränderlich und stehen den Arten anderer Systeme beziehungslos gegenüber. Allerdings retten sich einzelne Arten eines Systems aus der revolutionären Vernichtung in spätere Systeme hinüber. Diese „pluriformitarische" Theorie — eine Modifikation der theologischen Theorie des einen Schöpfungsaktes — wurde durch des Deutschen A. v. Hoff und des Engländers Lyell „aktualistische" oder „uniformitarische" Theorie überwunden. Hoff und Lyell übertrugen Lamarcks und Darwins Gedanken auf die Erdgeschichte, indem sie die diskontinuierliche Eigengesetzlichkeit der einzelnen Systeme unter einem „höheren" Gesetze der Kontinuität zur Einheit (uniformity) brachten.

Wer gewöhnt ist, unbeirrt durch die Verschiedenheit des Materials, in allen Wissenschaften die Einheit des logischen Problems zu erkennen, wird die enge logische Verwandtschaft zwischen geologischer und juristischer Katastrophenlehre unschwer feststellen können. Die Rechtswissenschaft steckt gegenwärtig noch im Materialis-

mus[1]), sie glaubt, des materialen Schöpfungsaktes, des „Stoßes von Außen" nicht entbehren zu können. Der „Wille Gottes" genannte einmalige „Stoß von Außen", den das katholische Naturrecht als Dogma statuiert hatte, wurde von der Rechtswissenschaft modifiziert. Der einmalige Schöpfungsakt wurde in mehrere Schöpfungsakte zerlegt, Schöpfer des Rechtes ist aber nicht mehr Gott, sondern die Materie anderer — historischer, soziologischer, politischer — Wissenschaften. Auch das Problem der Rettung einzelner Arten aus der

[1]) Die Methode der gegenwärtigen Rechtswissenschaft leidet an einem doppelten, „zweistufigen" Materialismus. Zunächst hat sie sich noch nicht zur vollen Klarheit darüber durchgerungen, daß ihr „Material" ausschließlich Rechtssätze und deren Funktionen sind. Immer wieder klammert sich die Rechtserkenntnis an ein anderes als das „Rechtssatzmaterial". Vor allem ist es der psychische Individualwille in seinen verschiedenen Formen, der sich an Stelle des objektiven reinen Willens = Rechtssatzes der Rechtswissenschaft als Material anbietet. Nachdem nun der Individualwille in seinem letzten, unzugänglichsten Asyle — dem „Rechtsgeschäfte" des Privatrechtes, wo er sich hinter das „Willensdogma" verschanzt — mit immer größerem Erfolge angegriffen wurde, dürfte es wohl an der Zeit sein, diesen Stützpunkt des Naturrechtes ganz abzubrechen. Scheint es nicht seltsam, daß die Rechtswissenschaft sich nur zögernd entschließt, sich auf ihr einziges Material, den Rechtssatz, zu beschränken? Dürfen wir Kant glauben, dann ist die Unsicherheit der Rechtserkenntnis bezüglich ihres Materiales ein Kriterium dafür, daß sie noch nicht „den sicheren Gang einer Wissenschaft" wandelt, vielmehr wie die Metaphysik zur Zeit Kants „in grundlosem Tappen und leichtsinnigem Herumstreifen" begriffen ist. Gilt nicht auch von der Rechtswissenschaft, was sich Kant von der Kritik der reinen Vernunft für die Metaphysik versprach: „Bei dieser wichtigen Veränderung im Felde der Wissenschaften und dem Verluste, den spekulative Vernunft an ihrem bisher eingebildeten Besitze erleiden muß, bleibt dennoch alles mit der allgemeinen menschlichen Angelegenheit und dem Nutzen, den die Welt bisher aus den Lehren der reinen Vernunft zog, in demselben vorteilhaften Zustande, als es zumalen war; und der Verlust trifft nur das Monopol der Schulen, keineswegs aber das Interesse der Menschen?" Zweifellos wird die Rechtswissenschaft großen Verlust an eingebildetem Besitze erleiden, wenn sie sich endlich auf ihr ausschließliches Material, die Rechtssätze, besinnt. Wo aber diese Erkenntnis bereits vorhanden ist, entfaltet sich weiter ein Materialismus des Rechtssatzes unter der Flagge eines falsch verstandenen Positivismus. Das Problem der „Positivität" in der Rechtswissenschaft entspricht dem Probleme der „Realität" in der Naturwissenschaft. Positivität und Realität bedeuten aber niemals materiale Gegebenheit, sondern unendliche Aufgabe restloser Bestimmung des Materials. Rechtssätze sind wohl das ausschließliche „Material" der Rechtswissenschaft, aber nur das „Material", nicht der „Gegenstand" juristischer Erkenntnis. „Gegenstand" der Erkenntnis ist „das schlichte Ineinander von Form und Inhalt" (Lask), von Hypothesis und Material. Siehe über dieses Problem H. Rikerts „Der Gegenstand der Erkenntnis", 3. Auflage, Tübingen 1915.

Katastrophe kennt die Rechtswissenschaft als Problem der Fortgeltung vorrevolutionären Rechtes im nachrevolutionären Rechtssysteme.

Die Katastrophentheorie entspricht übrigens dem philosophischen „Occasionalismus“ — Hauptvertreter Arnold Geulincx (1625—1669) und Nicolas Malebranche (1638—1715) —, einer philosophischen Lehre, nach welcher bei der Unmöglichkeit des Aufeinanderwirkens von Leib und Seele der psychische Wille nur causa occasionalis der körperlichen Bewegung ist, als deren causa efficiens sich vielmehr ein jedesmaliger Eingriff Gottes darstellt. Die Welt ist hier ein stets erneutes Wunder. Hauptvertreter des juristischen Occasionalismus ist Adolf Merkl[1]). Er konstatiert die methodische Unmöglichkeit des gegenseitigen Aufeinanderwirkens von politischer Materie und Rechtssätzen. Politische Vorgänge — Revolutionen — sind ihm nur die causa occasionalis, nicht die causa efficiens der Verfassung. Die causa efficiens der Verfassung bleibt ein jedesmaliges unerklärbares Wunder; die Entstehung von „Rechtsinseln“ im Flusse sozialen Geschehens muß einfach als Faktum hingenommen werden. Dieses Faktum, aus welchem wir ja das Vorhandensein einer „Verfassung“ überhaupt erst erschließen können, ist aber doch wohl ein soziales Geschehen, so daß wir wieder zur Abhängigkeit des Rechtes von der sozialen Materie gelangen.

Freilich würde man Merkl schweres Unrecht zufügen, wenn man die Feststellung unterließe, daß gerade seine Ausführungen gegenüber den bisherigen Theorien einen entscheidenden Fortschritt bedeuten. Die Gedanken der „Einheit“ und des „Systems“ sind von ihm mit kühnem Griffe in das Gebiet der Rechtserkenntnis eingeführt worden. Er hat erkannt, daß die Rechtseinheit der juristische Erkenntnisgrund des Staates (im Rechtssinne) ist. „Um in einem vorläufigen Bilde zu sprechen, gehört zu einem Staate im Rechtssinn alles das, was auf einen gemeinsamen Nenner gebracht, oder, was von einem Gipfel abgeleitet, auf ein rechtliches Zentrum bezogen werden kann“. Merkl hätte sagen können, daß der Staat im Rechts-

[1]) Vergleiche die interessante und scharfsinnige Abhandlung „Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior“. Archiv des öffentlichen Rechtes, Bd. 37. Vgl. noch bezüglich der Kontinuität zwischen alt- und deutschösterreichischer Rechtsordnung: H. Kelsen, „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“, erster Teil, Wien 1919, und A. Merkl: „Die gesetzgebende, vollziehende und richterliche Gewalt im deutschösterreichischen Staate“, Allg. öst. Gerichtszeitung 1918.

sinne keine historisch-politische Gegebenheit, sondern nichts anderes als die Einheit des Rechtssystems ist. Nur irrt Merkl in zweifacher Hinsicht oder hat — was wohl der zutreffendere Ausdruck ist — in zweifacher Hinsicht die von ihm betretene Bahn nicht ganz durchschritten. Erstens ist es nicht möglich, in der Verfassung, d. h. dem „Verfassung" genannten Komplexe von Rechtssätzen die Einheit des Rechtssystems zu erblicken. Die Verfassungsgesetze sind ja selbst nur Material, häufig sehr widerspruchsvolles Material der Rechtserkenntnis, harren selbst erst der Bestimmung in der Einheit der Erkenntnis. „Einheit" und „System" dürfen durchaus nicht materialistisch gedacht, in einem empirisch auffindbaren Dinge (Verfassungsgesetze) aufgesucht werden. „Einheit" und „System" verlangen rein idealistische Formulierung, sind nur Ausdrücke der methodischen Grundaufgaben der Wissenschaft. „Einheit" und „System" sind die Grundaufgaben, die Grundmethoden moderner Logik und Naturwissenschaft geworden, haben sich in diesen Gebieten als Zeichen des kritischen Idealismus an Stelle des naiven Realismus gesetzt, welch letzterer der Wissenschaft nur die Aufgabe zuschiebt, die fertigen Dinge da draußen „abzubilden", zu „reproduzieren". Die Naivität der „Abbildtheorie" ist bereits so häufig, allseitig und erschöpfend dargelegt worden, daß es erstaunlich bleibt, wie die Rechtswissenschaft immer noch alle diese Erkenntnisse, ohne welche es keine mathematische Naturwissenschaft geben würde, ignoriert. Längst ist es jedem Mathematiker, Physiker und Chemiker, der nicht ausschließlich in Einzeluntersuchungen sich erschöpft, klar, daß seine „Natur", die „Natur der Naturwissenschaften", kein Abbild, keine Reproduktion der Natur der Sinnesempfindungen, der Natur des Erlebnisses, die leuchtet, duftet und tönt, bedeutet, daß vielmehr die Erkenntnisarbeit der Naturwissenschaften schöpferische Erzeugung eines „Einheitssystems" aus dem Material der Empfindungen zur freilich nie restlos lösbaren Aufgabe hat. „Einheit" und „System" sind die Grundaufgaben naturwissenschaftlicher Erkenntnis und — das muß schärfstens betont werden — jeder Erkenntnis überhaupt. Wäre Wissenschaft nur ein Reproduktions-, ein Abbildapparat — wobei dahingestellt bleibe, ob die Abbildtheorie überhaupt einen klaren Gedanken birgt —, wir könnten ruhig auf „Wissenschaft" überhaupt verzichten. Das „Individualerlebnis" bildet die Dinge da draußen ursprünglicher und getreuer nach, als die Wissenschaft es vermöchte. So muß auch die Rechtswissenschaft sich endlich auf die Grundaufgaben jeder wissenschaftlichen Erkenntnis: „Einheit"

und „System" besinnen. Aus dem widerspruchsvollen, amorphen, chaotischen Materiale der Rechtssätze den Kosmos des einheitlichen Rechtssystems zu erzeugen, ist ihre einzige, doch unendliche Aufgabe. Immer wieder werden haltlose Einwendungen gegen die Möglichkeit eines einheitlichen Rechtssystems vorgebracht[1]). Es gebe kein einheitliches System des objektiven Rechtes, weil die Rechtssätze einander häufig widerspruchsvoll und unklar gegenüberstünden, weil ferner ein Rechtssatz aus dem anderen nicht mit rein logischen Operationen zu gewinnen sei, hier vielmehr die Irrationalität der „Werturteile und Willensentscheidungen" eingreife. Alle diese Einwendungen beruhen aber auf einem doppelten methodischen Irrtum. Zunächst wird aus der widerspruchsvollen Vielgestaltigkeit des Materials auf die Unmöglichkeit der widerspruchslosen Einheit des von der Erkenntnis aus diesem Materiale erzeugten Systems geschlossen. Verzweifelt aber z. B. die Physik an der Einheit des physikalischen Weltbildes, weil die Empfindungen unklar und widerspruchsvoll sind, weil — um nur ein primitives Beispiel zu gebrauchen —, der in das Wasser eingetauchte Stab dem Sehsinne gebrochen, dem Tastsinne ungebrochen erscheint? Es ist ja gerade Aufgabe, einzige Aufgabe der Wissenschaft, die verworrene Mannigfaltigkeit des Erlebnisses in einheitlichen Systemen zu gestalten, „was in schwankender Erscheinung schwebt, mit dauernden Gedanken zu befestigen". Es bedeutet Abdankung, Selbstvernichtung der Wissenschaft, wenn sie wegen der Widersprüche des Materials an der Einheitlichkeit ihres Systems verzweifelt. Wäre das Material einheitlich, d. h. alle subjektiven Erlebnisse absolut übereinstimmend, dann wäre Wissenschaft nie entstanden. Erst die Verworrenheit des subjektiven Erlebnisses war Anstoß der Entstehung des Problems der Objektivität, des Problems der Erkenntnis. So ist es auch eine bedauerliche methodische Entgleisung, wenn der Rechtswissenschaft die „Allgemeingültigkeit" ihrer Erkenntnisse abgestritten wird, weil die Auslegung eines Rechtssatzes verschiedene Ergebnisse zeitigen kann. Denn wie verschieden auch diese Ergebnisse sein mögen — verschieden wie die „Einzelfälle" der Naturwissenschaft —, sie sind und bleiben einheitlich, weil nach derselben Regel, demselben Gesetze erzeugt. „Einheit" ist eben nichts, was an einem Dinge empirisch feststellbar wäre, bedeutet allein methodische Erzeugung aus einem Ursprunge. Und damit gelangen wir zu dem zweiten Grundirrtum jener Einwendungen gegen

[1]) Siehe als Beispiel für viele „M. Rumpf, Gesetz und Richter", Berlin 1906, S. 139, 149.

die logische Geschlossenheit des Rechtssystems: dem Mißverständnisse bezüglich des Begriffes der „Logik“.

Ein einheitliches Rechtssystem sei unmöglich, weil die Entfaltung der Rechtssätze durch Auslegung nicht durch das logische Schlußverfahren, sondern durch „Werturteile und Willensentscheidungen“ vor sich gehe. Dieser — besonders von der Freirechtsschule — erhobenen Behauptung kann vollinhaltlich zugestimmt werden! Aber wer versteht heute unter „Logik“ ein formales Schlußverfahren? Ist es denn nur im Gebiete der Rechtswissenschaft unbekannt, daß Kant, der am Eingange der Entwicklung der modernen Logik steht, die formale Schlußlogik, welche nur analytische (Erläuterungs-)urteile bietet, vernichtet und an ihre Stelle die synthetische, erweiternde, schöpferische Transzendentallogik, d. h. die Lehre von den Methoden und Voraussetzungen der Wissenschaft gesetzt hat? Logische Geschlossenheit des Rechtssystems bedeutet nicht Ableitbarkeit der Rechtssätze mittels logischer Schlußoperationen, sondern Erzeugung des Systems aus einer einheitlichen Voraussetzung nach einer einheitlichen Methode. Die formale Logik steht und fällt mit dem naiven Realismus, der starre Dinge in Über- und Unterordnung setzt[1]). Die Naturwissenschaft gelangt zur Einheit ihres Systems nicht durch formale Schlußoperationen, sondern durch ihre Grundmethode der Hypothesis. „Die Hypothese ist einzig und allein dazu da, den logischen Zusammenhang der Tatsachen zu vermitteln, wo sie mehr tut, als dieses, hat sie ihr Recht verwirkt“, „Hypothesen im wissenschaftlichen Sinne sind weder Tatsachen, noch willkürliche und unbegründete Annahmen, sondern Voraussetzungen, die um der Tatsachen willen gemacht werden, aber selbst der tatsächlichen Nachweisung sich entziehen. Das Wort „Hypothese“ bezeichnet treffend diese Aufgabe, indem es andeutet, daß man etwas zu den Tatsachen hinzudenkt, das diesen als Grundlage dienen soll und sich also notwendig nach ihnen richten muß“[2]). Auch die Einheit des Rechtssystems kann nicht in einer erfahrbaren Tatsache, im Materiale der Verfassungsgesetze, sondern nur in einer Hypothesis gefunden werden. Die Naturrechtsschule hat diesen Weg beschritten. Sie hat aber geirrt, weil ihre Hypothesis — der contrat social — selbst ein inhaltlich erfüllter Rechtssatz war, aus dem inhaltliche Rechtserkenntnisse gewonnen werden sollten. Der contral social unterscheidet sich von der Hypothesis der Einheit des Rechtssystems, die nur ein formaler,

[1]) Siehe W. Kinkel, „Idealismus und Realismus“, S. 54 ff.

[2]) W. Wundt, „Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie“, S. 437 ff.

nach den inhaltlichen Rechtssätzen gerichteter Rechtssatz sein kann — z. B. lex posterior derogat priori, ohne welche Hypothese oft jede positive Rechtskonstruktion versagt, wenn der Satz sich nicht als Inhalt eines Rechtssystems nachweisen läßt — ebenso, wie sich die Hypothesis des göttlichen Schöpfungsaktes, aus welcher der mittelalterlichen Wissenschaft zahlreiche inhaltliche Erkenntnisse flossen, von der Substanzhypothesis der modernen Naturwissenschaft unterscheidet. Merkl — zu dessen Ausführungen wir nunmehr zurückkehren — irrt aber auch, wenn er annimmt, daß bereits die Verfassungsgesetze die letzte Stufe des einheitlichen Rechtssystems sind. Auch hier hat Merkl den von ihm beschrittenen Weg — die Aufzeigung des Stufenbaues des Rechtes — nicht vollendet. Denn über dem Stufenbaue des „Staatsrechtes" erhebt sich der Stufenbau des „Völkerrechtes". Doch als Ergebnis der Untersuchungen Merkls bleibt — es sei nochmals betont — eine bedeutende Klärung des Problems. Sein „Occasionalismus", der mit jeder Revolution einen neuen Staat im Rechtssinne anheben läßt, überwindet die früheren Theorien, welche großenteils trotz revolutionärer Zerstörung des Rechtssystems die fortdauernde Einheit des Staates annehmen. Diese Theorien entsprechen mehr der Leibnizschen Theorie der „prästabilierten Harmonie" (hier zwischen Recht und politischer Materie).

Wird es nun auch der Rechtswissenschaft gelingen, die Eigengesetzlichkeit ihrer durch Revolutionen getrennten Systeme unter einem höheren Gesetze zur Einheit, die lex continuitatis, das Grundgesetz moderner Logik und Naturwissenschaft auch auf ihrem Gebiete zur Geltung zu bringen? Wie in der Naturwissenschaft der Weg zur Lösung des Problems über die reine Bestimmung des Substanzbegriffes, so führt in der Rechtswissenschaft der Weg zur Lösung des Problems über die reine Bestimmung des Staatsbegriffes.

Um allen Mißverständnissen vorzubeugen, sei betont, daß nur von einer Analogie, nicht von einer Identität der rechtswissenschaftlichen und der naturwissenschaftlichen Probleme gesprochen werden kann. Die „Form", d. h. die logische Methode ist dieselbe, das Material ist ein verschiedenes; hier Rechtssätze, dort Empfindungen. Aus dieser Gleichheit der Form und Verschiedenheit des Materiales ergibt sich eine Analogie, nicht eine Identität der Erkenntnisgebiete. Nicht im entferntesten ist natürlich an eine „materialistische" Betrachtung des Rechtes zu denken — „materialistisch" im Sinne einer dilettantisch mißverstandenen Naturwissenschaft —, an eine Betrachtung, die etwa den Rechtssatz in Empfindungen, Ge-

fühle u. dgl. auflösen, die den Rechtssatz „biologisch“ erklären will. Derartige Versuche muß eine an Kants Idealismus orientierte Rechtsbetrachtung unbedingt ablehnen, weil sie den Eigenwert des Rechtes und der Rechtswissenschaft zu vernichten drohen. Ist aber die Möglichkeit derartiger Mißverständnisse beseitigt, dann bietet die methodische Analogie zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft der ersteren den ungeheuren Vorteil, die Methoden eines Erkenntnisgebietes zu studieren, in welchem man bereits seit langem „den sicheren Gang der Wissenschaft“ wandelt. Den methodischen Vorsprung der Naturwissenschaft einzuholen, an deren Methoden die eigenen Methoden zu prüfen, ist gegenwärtig eine der dringendsten, aber auch lehrreichsten Aufgaben der Rechtswissenschaft.

II.

Wir müssen es uns versagen, im Rahmen dieser andeutenden Ausführungen in eine Kritik des Staatsbegriffes der Rechtsdogmatik einzutreten. Die Rechtsdogmatik nimmt eine methodische Mittelstellung zwischen historischer, soziologischer und politischer Rechtsbetrachtung einerseits und einer künftigen reinen Rechtswissenschaft anderseits ein. Sie untersucht nicht allein, wie Geschichte, Soziologie und Politik, den Rechtssatz als Ausdruck individual- und sozialpsychischer Willensverhältnisse, den Rechtssatz als Machtfaktor, sondern sieht im Rechtssatze ein logisch eigenwertiges Gebilde des Kulturbewußtseins. Aber sie glaubt dieser anderen Wissenschaften nicht entraten zu können, läßt deren Methode wenigstens im Ursprunge ihres eigenen Systems zu und sieht sich derart vor das unlösbare Problem gestellt, metarechtliche Ansätze und Elemente im Systeme der Rechtssätze aufzulösen. Aus dem unreinen Ursprunge des Rechtssystems werden von der Rechtsdogmatik metarechtliche Begriffe — wie Herrschaft, Person, Organ, subjektives Recht — übernommen, Begriffe, die als erratische Blöcke im Systeme der Rechtssätze liegen und zu mächtigen Bildungszentren des Naturrechtes werden.

Die reine Rechtswissenschaft schafft sich einen methodenreinen Ursprung und lehnt jede Methodengemeinschaft mit anderen Wissenschaften ab. Sie sieht nur Rechtssätze und deren Funktionen, sucht ein System rein rechtsfunktionaler Beziehungen zwischen den Rechtssätzen zu erzeugen. Herrschaft, Person, Organ, subjektives Recht usw. werden unter dem Aspekte der reinen Rechtswissenschaft zu Rechtssätzen und deren Funktionen. Diese und ähnliche Begriffe verschwinden als solche aus dem System der reinen Rechtswissen-

schaft, weil sie nichts anderes als unter metarechtlichen Gesichtspunkten zusammengefaßte Rechtssätze darstellen. Beispielsweise sind Person und subjektives Recht — ein unzertrennliches Begriffspaar, ein sicheres Asyl des Naturrechtes — Gruppen von Rechtssätzen, welche unter dem Gesichtspunkte naturalistischer Ethik und individueller Wirtschaftsführung aus dem Rechtssysteme herausgehoben werden. Die reine Rechtswissenschaft kennt weder Person noch subjektives Recht, sondern nur objektives Recht, d. h. Rechtssätze und deren Funktionen. Sie untersucht nicht die Beziehung von Rechtssätzen zu Menschen, d. h. zu menschlichem Verhalten[1]), sondern nur funktionale Beziehungen zwischen Rechtssätzen. Sie verwirft alle Anthropomorphismen. So wird sie nach Hermann Cohens Postulate zur „Mathematik der Geisteswissenschaften"[2]) und gelangt zur „Einheit des juristischen Weltbildes"[3]).

Die spezifisch rechtliche Funktion, welche die reine Beziehung zwischen den Rechtssätzen darstellt, ist die Tatbestandsfunktion. Die Rechtsdogmatik spricht in anthropomorphistischer Weise von der „Anwendung" des Rechtssatzes auf den Tatbestand, einer durch Staatsorgane ausgeübten Anwendung. Die „Anwendung" des Rechtssatzes wird vornehmlich als Problem der „Interpretation" untersucht.

---

[1]) J. Binders Feststellung, „daß die auf wesentlich ethischer Grundlage errichtete Rechtsphilosophie eines Kant und Hegel weniger eine Philosophie des Rechtes, als vielmehr eine Philosophie des menschlichen Verhaltens gegenüber dem Rechte ist" („Rechtsnorm und Rechtspflicht", Leipzig 1912, S. 47—48), gilt in weit höherem Maße von der Rechtsdogmatik. Sie ist weit weniger Wissenschaft vom Rechte, als Wissenschaft des menschlichen Verhaltens gegenüber dem Rechte.

[2]) H. Cohen, „Ethik des reinen Willens", 2. Auflage, Berlin 1907.

[3]) „Die Signatur der ganzen bisherigen Entwicklung der theoretischen Physik ist eine Vereinheitlichung ihres Systems, welche erzielt ist durch eine gewisse Emanzipation von den anthropomorphen Elementen, speziell den spezifischen Sinneeempfindungen. Bedenkt man nun anderseits, daß doch die Empfindungen anerkanntermaßen den Ausgangspunkt aller physikalischen Forschung bilden, so muß diese bewußte Abkehr von den Grundvoraussetzungen immerhin erstaunlich, ja paradox erscheinen." „..... worauf es hier einzig und allein ankommt, ist die Anerkennung eines solchen festen, wenn auch niemals ganz zu erreichenden Zieles, und dieses Ziel ist — nicht die vollständige Anpassung unserer Gedanken an unsere Empfindungen, sondern — die vollständige Lösung des physikalischen Weltbildes von der Individualität des bildenden Geistes." (M. Planck, „Die Einheit des physikalischen Weltbildes", Leipzig 1909, S. 8.) Hier vernehmen wir aus dem Munde eines der hervorragendsten Vertreter der modernen Physik, daß nur die Abkehr von Materialismus und Subjektivismus die Entwicklung der Physik zur Systemeinheit ermöglicht hat.

Doch das Problem der Interpretation liegt gänzlich außerhalb des Untersuchungsgebietes der reinen Rechtswissenschaft. „Interpretation" bedeutet das psychische Verhalten gewisser Menschen gegenüber gewissen Rechtssätzen. Wie z. B. der Richter sich psychisch einstellt, um aus Rechtssätzen ein Urteil zu gewinnen oder wie er sich psychisch einstellen soll, das meint das Problem der „Interpretation". Aber wie die Erkenntnisse der Naturwissenschaft bezüglich ihrer Gültigkeit gänzlich unabhängig sind von den psychischen Akten, durch welche der einzelne diese Erkenntnisse findet oder sich ihrer bemächtigt, so ist die Gültigkeit des „Urteils" gänzlich unabhängig von den psychischen Akten, durch welche der Richter zu diesem „Urteile" gelangte. Wenn die wissenschaftliche Mechanik die Stoßwirkung aus dem Stoße hervorgehen läßt, dann denkt sie nicht an jene psychischen Akte, durch welche ein einzelner Forscher aus dem Stoße die Wirkung erschloß, sondern an die Erzeugung nach einem Gesetze mathematischer Mechanik. Wenn der Biologe aus jener Gattung der Lebewesen diese hervorgehen läßt, denkt er nicht an das psychische Verhalten des Forschers, der diesen Zusammenhang zuerst fand, sondern an biologische Erzeugungsgesetze. Immer ist scharf zu scheiden zwischen der Erkenntnis und dem Erkennen, zwischen wissenschaftlichen Gesetzen und dem psychischen Verhalten jener, die diese Gesetze erfassen, zwischen Logik und Psychologie. So entsteht auch für die reine Rechtswissenschaft das Urteil aus dem Rechtssatze nicht durch psychische Akte des Richters, sondern — wie noch zu zeigen ist — durch den Prozeß, d. h. eine Aufeinanderfolge von Rechtssatzformen (Beschlüssen usw.), die im Urteile münden. „Interpretation" bedeutet nur jene psychischen Akte, mit welchen gewisse Personen diesen „Prozeß" begleiten. Das „Problem der Interpretation" ist ein — allerdings sehr interessantes — Problem der Psychologie des Rechtes, nicht der reinen Rechtswissenschaft. Die psychischen Akte des Richters fallen gänzlich außerhalb des Materialgebietes der reinen Rechtswissenschaft, der „Richter" kommt für die reine Rechtswissenschaft nur als Rechtssatzform oder als Element einer Rechtsform, z. B. der Urteilsurkunde, in Betracht. Ausschließliches Material der reinen Rechtswissenschaft sind Rechtssatzformen. Doch dieses Material wird erst wieder aus einem „Urmateriale" — Urkunden — erschlossen. Urmaterial der reinen Rechtswissenschaft sind alle jene Urkunden, die Rechtssatzformen (Gesetz, Urteil, Beschluß usw.) enthalten, d. h. aus welchen derartige Rechtssatzformen durch juristische „Sinnesdeutung", durch juristische Erkenntnis erschließbar sind. Urmaterial

der reinen Rechtswissenschaft sind gewisse urkundlich festgelegte Sprachhandlungen, in denen sich der reine Wille, d. i. das Recht objektiviert hat[1]). Von der vorwissenschaftlichen „Tatsache" dieser Urkunden geht dann die „juristische Sinnesdeutung" aus[2]). Allerdings können von dieser „Tatsache" die verschiedensten „Sinnesdeutungen" ausgehen: juristische, ökonomische, psychologische, chemische usw.

Max Weber hat in glänzenden Ausführungen[3]) gezeigt, wie von der „Tatsache des Tausches" aus die verschiedenen „Sinnesdeutungen", d. h. die verschiedenen Erkenntnisrichtungen ihren Ausgang nehmen können, wie im besonderen von der Tatsache der „Skatpartie" die verschiedenen juristischen — rechtspolitischen, rechtsdogmatischen usw. — „Sinnesdeutungen" anheben. Die reine Rechtswissenschaft nimmt ihren Ausgangspunkt von „Urkundentatsachen", aus denen ein dynamischer Zusammenhang juristischer Sinnesdeutungen erschlossen wird. Aber die reine Rechtswissenschaft deutet den „Sinn" dieser Urkunden, als den fertiger Rechtsakte, die aus anderen fertigen Rechtsakten nach der Regel anderer, höherer fertiger Rechtsakte erzeugt werden. Die psychische Erzeugung dieser Rechtsakte bleibt ganz außerhalb des Betrachtungsfeldes der reinen Rechtswissenschaft. Die „Tatbestandsfunktion", nicht ein psychischer Akt, vermittelt die Erzeugung des Rechtes der reinen Rechtswissenschaft. Sieht man hingegen diese Vermittlung in den psychischen Organakten der „Anwendung", dann bleibt die logische Beziehung zwischen Rechtssatz und Tatbestand ein logisches Mysterium, der „natürliche", „vorprozessuale" Tatbestand, d. h. die subjektiven Wünsche und Meinungen, welche gewisse Menschen an gewisse Rechtssätze knüpfen, tritt in scharfen Gegensatz zu dem „rechtlichen" „prozessualen", im Verfahren erzeugten Tatbestande. Naturrechtliche Messung des prozessualen am vorprozessualen Tatbestande, d. h. Kritik des objektiven, geltenden Rechtes nach subjektiven Wünschen und Meinungen mit widerwilliger Anerkennung eines „Rechtskraft" genannten Machtfaktums, ist die Folge dieses künstlich geschaffenen Gegensatzes. Der reinen Rechtswissenschaft ist der natürliche, vorprozessuale Tat-

---

[1]) Siehe H. Cohen, „Ethik des reinen Willens", S. 194 ff.

[2]) Über die Probleme der „Sinnesdeutung" vgl. H. Rikerts „Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung", 2. Auflage, Tübingen 1913, und „Der Gegenstand der Erkenntnis", 3. Auflage, Tübingen 1915.

[3]) „R. Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung," Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 24. Band, 1907.

bestand nur das Problem, der Anreiz des „rechtlichen Verfahrens", kein Element des Verfahrens selbst. Der natürliche, vorprozessuale Tatbestand entspricht der „Sinnesempfindung"[1]) der Naturwissenschaft. Er ist das Problem als Ausgangspunkt, nicht die in das System einzustellende Lösung. Wie erst der naturwissenschaftliche Begriff das Stammeln der Empfindung in die Sprache des Denkens wandelt, wird der vorprozessuale Tatbestand erst im prozessualen Tatbestand der im Verfahren erzeugten Rechtssatzform (z. B. Urteil) zur Klarheit denkender Sprache erlöst. Der Rechtssatz kann nicht auf den Tatbestand „angewendet" werden, weil kein Tatbestand vor oder außer dem Rechtssatze vorhanden ist. Der Tatbestand wird erst durch den Rechtssatz erzeugt, der Tatbestand ist die spezifische Rechtssatzfunktion. Der in einem Verfahren erzeugte Tatbestand erscheint aber wieder in Rechtssatzform — z. B. als Tatbestand eines Urteils, dessen „Spruch" die Feststellungen des Tatbestandes umgrenzen —[2]).

[1]) Über das Problem der Empfindung siehe H. Cohens „Logik der reinen Erkenntnis", Berlin, 2. Auflage, S. 435 ff. Das Analogon der Empfindung im Gebiete der Ethik ist die Begehrung. „Begehrungen" bedeutet der natürliche, vorprozessuale Tatbestand. Aber das „Innere" der Affektbegehrung läutert sich zum Sprach-„Äußeren" des reinen Willens. Siehe Cohens „Ethik des reinen Willens". Zum Problem der Empfindung vergleiche noch W. Kinkel, „Idealismus und Realismus", Göttingen 1911, S. 57: „In der Empfindung liegt das Problem, welches die Wissenschaft zu lösen bestrebt ist. Diese Lösung kann aber nicht mehr, wie die Empfindung, an das Individuum gebunden sein. Die Wissenschaft sucht ja vielmehr im Begriffe gerade das von der Besonderheit des Individuums unabhängige allgemeingültige Sein. Sie geht also geradezu auf die Emanzipation von dem Individuum aus."

[2]) Gemeint ist nicht der „Urteilstatbestand" im Sinne des § 417, Pkt. 5, der österreichischen Zivilprozeßordnung oder des § 313, Pkt. 3, der deutschen Zivilprozeßordnung, welcher nur das „Problem" nochmals vor Augen führt, sondern der dem Urteile zugrunde gelegte, aus den Entscheidungsgründen erschließbare, festgestellte, bewiesene Tatbestand. Nur im Zusammenhange mit diesem „Tatbestandsinhalt" der Entscheidungsgründe ist der Urteilsspruch verständlich. (Siehe R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 2. Auflage, Leipzig 1910, S. 751.) Erst in diesem „Urteilstatbestande" erscheint das Prozeßproblem, die subjektiven Parteibegehrungen, als Rechtssatzform objektiviert, wird beispielsweise klar, ob ein behauptetes Rechtsgeschäft besteht, das heißt wird es rechtlich erzeugt, wird klar, was die Elemente dieses Rechtsgeschäftes objektiv bedeuten. Aber gleicherweise müssen die übrigen Stufen der Rechtserzeugung betrachtet werden. Erst in der Rechtssatzform des Gesetzes erscheint der Tatbestand desselben, die subjektiven Begehrungen der (politischen) Parteien, objektiviert. Mögen die Parteien behaupten, ihre subjektive Ansicht sei die richtige; diese „Richtigkeit kommt für die reine Rechtswissenschaft nur als „Naturrecht" in Betracht, „richtig" ist für die reine Rechtswissenschaft nur die rechtlich erzeugte Rechtssatzform.

so daß das Verhältnis „Rechtssatz-Tatbestand" nichts anderes bedeutet, als das Verhältnis eines Rechtssatzes höherer zu einem Rechtssatze niederer Stufe (z. B. Gesetz — Urteil).

Aber nicht ein Rechtssatz erzeugt den Tatbestand, sondern zahlreiche Sätze eines Rechtssystems erzeugen in einer Einheitsfunktion den Tatbestand. Das Urteil mit seinem Tatbestande — dem festgestellten, bewiesenen, also rechtlichen, im Prozesse erzeugten Tatbestande — ist Einheitsfunktion zahlreicher Gesetze, welche die Rechtsdogmatik in „formelles" und „materielles" Recht scheidet. Die reine Rechtswissenschaft hebt den Gegensatz formellen und materiellen Rechtes, welch ersteres nur das letztere schützen und durchsetzen soll, auf. Dieser Gegensatz ist naturrechtlichen Ursprunges [1]) — ein materielles Recht vor und außer dem formellen Rechte bedeutet nur subjektive Wünsche und Meinungen auf Grund einzelner — der „materiellen" — Teile des einheitlichen Rechtssystems (vorprozessualer Tatbestand), individuelle Abwägung der „Chancen" gewisser Zielsetzungen. Es war vor allem Gustav Bülow, welcher in einer Reihe geistvoller Untersuchungen die rechtliche Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Rechtslage in helles Licht gestellt hat [2]). Für Bülow bildet der Prozeß von der Klage bis zum Urteil ein einheitliches, sich stufenweise entwickelndes Rechtsverhältnis. „Der Zivilprozeß schreitet von der Klage bis zum Urteil allmählich in der Weise fort, daß sich eine Prozeßhandlung an die andere nicht bloß zeitlich anreiht, sondern öfter auch die andern zur Voraussetzung hat."

Es gebe aber keine vorprozessualen Prozeßrechte der Parteien, insbesondere kein Recht auf günstiges Urteil vor dem Schlusse der Streitverhandlung. „Erst das rechtskräftige Urteil schafft konkrete Privatrechtsgewißheit." Die Annahme vorprozessualer Prozeßrechte der Parteien entspringe „politischen Maximen", einem einseitigen, naturrechtlich-subjektiven Parteistandpunkte, der dem objektiven Standpunkte der Rechtswissenschaft weichen müsse. Allerdings hat

1) Siehe die meisterhaften Ausführungen K. Bergbohms in „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", Leipzig 1892, I. S. S. 343, der die Entgegensetzung formellen und materiellen Rechtes als Entgegensetzung von positivem und Naturrecht bezeichnet.

2) Siehe „Die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen und Prozeßeinreden" 1868, „Gesetz und Richteramt" 1885, „Das Geständnisrecht" 1899, „Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechtes", „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß", Bd. 27, 1900, und „Klage und Urteil", ibidem Bd. 31 (1903).

Bülow seine Ansichten nicht bis zur vollen Konsequenz durchgeführt. Mit Recht wurde von Wach und Schmidt eingewendet, daß bei Annahme der Bülowschen Theorie auch von der Existenz materieller (privatrechtlicher) Rechte vor dem Prozesse nicht gesprochen werden dürfe. Und diese Konsequenz wird wohl gezogen werden müssen: Vor dem Prozesse gibt es wohl Rechtssätze (materielle und formelle Rechtssätze), aber keine subjektiven Rechte. Das subjektive Recht entsteht erst im Urteil, d. h. es ist nur ein metajuristischer Reflex einer Rechtssatzform. Im übrigen hat Bülow mit aller wünschenswerten Klarheit den Sachverhalt dargestellt. Die Rechtssätze vor dem Verfahren sind abstrakt-hypothetischer Natur, eine Rechtserkenntnis auf Grund dieser abstrakt-hypothetischen Regeln stellt bloße Möglichkeiten dar. Erst die Zusammenfassung aller in den Gesetzen vereinzelter Elemente im Prozesse erzeugt das wirkliche, konkrete Recht. Es ist Bülow zuzustimmen, wenn er von „abstrakthypothetischen" Rechtsregeln spricht. Nur durchzieht der Gegensatz „abstrakt-hypothetischen" und „konkret-wirklichen" Rechtes das ganze Rechtssystem. Jede Stufe des Rechtssystems bedeutet nur abstrakte Möglichkeit — „Hypothesis" — im Verhältnis zur untergeordneten Stufe. Der von Bülow erkannte Gegensatz ist ein relativer, nicht — wie er vermeint — ein absoluter. R. Schmidt hat in der sich entspinnenden Diskussion zwischen Bülow einerseits, Wach, Hellwig und Schrutka anderseits zu vermitteln gesucht[1]). Aber die Vermittlung ist mißlungen, weil gerade Schmidt mit außerordentlicher Klarheit erkannt hat, daß die vorprozessuale Rechtslage nur praktische Wertmaßstäbe und subjektive Chancenwägung bedeutet, die dem „Rechtsleben", d. h. dem objektiven, im Verfahren erzeugten Rechte als metaphysischer Maßstab gegenübertritt. Schmidt betont den „doppelten Gesichtspunkt" in allen Dingen des Prozeßlebens. Einerseits sei der Prozeß rein objektiv vom Standpunkte der Rechtswissenschaft zu betrachten — und dann gebe es freilich keine vorprozessualen Parteirechte. Anderseits aber müsse der Prozeß vom Parteistandpunkte der Berechenbarkeit des Ausganges angesehen werden und dann seien die vorprozessualen Parteirechte eben nichts anderes als die Berechnungen, „Chancenabwägungen", mit welchen das Urteil im Interesse der Rechtssicherheit möglichst übereinstimmen solle. Schmidt übersieht aber, daß es sich gar nicht um einen

[1]) Siehe „Prozeßrecht und Staatsrecht", Karlsruhe 1904, S. 13 ff., „Lehrbuch", S. 16 ff.

„doppelten Gesichtspunkt" einer Wissenschaft, sondern um die Gesichtspunkte zweier verschiedener Wissenschaften handelt: einer Wissenschaft von den Rechtsfunktionen und einer Wissenschaft vom Verhalten der Menschen gegenüber dem Rechte.

Die reine Rechtswissenschaft hat es nur mit der objektiven Betrachtung des Prozesses, im weiteren Sinne des „Verfahrens" überhaupt zu tun.

Das Verfahren[1]) (der Prozeß), als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion, wird zur Grundfunktion der rechtlichen Dynamik. Aber diese Grundfunktion durchwaltet das ganze Rechtssystem. In stufenförmig über- und untereinander geordneten Verfahren wird das ganze Rechtssystem erzeugt. Im Verfahren der Verfassungsgesetzgebung gelangen die Verfassungsgesetze zur Erzeugung, im einfachen Gesetzgebungsverfahren die einfachen Gesetze, im Prozeßverfahren die Urteile (Beschlüsse, Verfügungen usw.), im Vollstreckungsverfahren der Vollstreckungsbeschluß, in einem weiteren Verfahren die Vollstreckungshandlung[2]).

[1]) Vergleiche J. Binders bahnbrechende Untersuchungen („Rechtsnorm und Rechtspflicht", Leipzig 1912; „Rechtsbegriff und Rechtsidee", Leipzig 1915, S. 169, 188, 220). Für Binder ist das Recht weder ein Müssen, noch ein Sollen, sondern die Haftung, das heißt der Prozeß. „Das Recht verpflichtet rechtlich zu gar nichts", das heißt der Pflichtbegriff gehört der Ethik an, welche das Verhalten der Menschen zum Rechte untersucht, „Pflicht" ist die spezifische Funktion der ethischen Normen, „Prozeß" die spezifische Funktion des Rechtssatzes. Doch ist Binders Behauptung, daß ausschließlicher Normadressat das Staatsorgan, alles Recht formelles Recht ist, nicht zuzustimmen. Das Recht ist nicht nur keine Norm für die Untertanen, keine Pflicht der Untertanen — wie Binder meisterhaft ausführt —, sondern auch keine Norm für das Staatsorgan, keine Pflicht des Staatsorganes. Auch „Staatsorgan" bedeutet nur gewisse Rechtssätze und deren Funktionen. Das Recht ist weder materielles und formelles, noch materielles oder formelles Recht, sondern eben schlechthin — Recht, das heißt ein spezifischer Funktionenzusammenhang. Binder weist gleich Bergbohm auf die naturrechtliche Quelle der eben verworfenen Begriffe und Unterscheidungen hin. Übrigens ergibt sich auch aus Kelsens Formulierung des Rechtssatzes „als hypothetisches Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu eigenem Verhalten" („Hauptprobleme der Staatsrechtslehre") das „Verfahren" als rechtliche Grundfunktion. Denn das „eigene Verhalten des Staates" ist das Verfahren. Vgl. noch Cohens „Ethik des reinen Willens": „denn die Form des Rechtes ist nicht etwa nur die äußerliche Form, und auch nicht nur das bedeutsame Symbol; sondern sie ist das methodische Mittel, das Recht zu finden, zu entdecken, zu erzeugen" (S. 64).

[2]) Selbstverständlich können wir hier nur ein dürftiges Gerippe des rechtlichen Stufenbaues andeuten.

Der gesamte Rechtsinhalt gelangt in stufenförmig übereinander gelagerten, kontinuierlich fortschreitenden Verfahren zur Erzeugung. Jedes Verfahren erzeugt eine Rechtssatzform (Verfassungsgesetz, einfaches Gesetz, Verordnung, Urteil, Beschluß usw.), deren jede Tatbestandsfunktion höher gelagerter Rechtssatzformen ist. Jede erzeugte Rechtssatzform wird wieder ihrerseits „Gesetz“, „Regel“ eines Verfahrens niederer Stufe. Die im Verfassungsgesetzgebungsverfahren erzeugten Verfassungsgesetze sind „Erzeugungsregel“ des Verfahrens der einfachen Gesetzgebung, die einfachen Gesetze „Erzeugungregel“ der Urteile usw. Jede Rechtssatzform ist ein a posteriori (Tatbestandsfunktion) gegenüber den Rechtssatzformen höherer Stufe, ein a priori (Rechtssatz) gegenüber den Rechtssatzformen niederer Stufe. Rechtssatz und Tatbestandsfunktion sind identische Begriffe.

Alle Rechtssätze sind von der reinen Rechtswissenschaft nach dem Prinzipe der relativen Apriorität systematisch zu ordnen. Die Rechtssätze, welche Erzeugungsvoraussetzung anderer Rechtssätze sind, werden ihnen im System übergeordnet. Das ergibt ein „natürliches“, d. h. nach immanenten Prinzipien erzeugtes Rechtssystem, an Stelle des bisherigen, nach verschiedenen transzendenten, insbesondere politischen Prinzipien erzeugten „künstlichen“ Rechtssystems (Öffentliches Recht, Privatrecht, Prozeßrecht, Staatsrecht, Landesrecht, Gemeinderecht usw.). „System“ bedeutet aber der reinen Rechtswissenschaft nicht eine geordnete Mannigfaltigkeit gegebener starrer Rechtsdinge (der Rechtssatzformen), sondern kontinuierliche Erzeugung aus einem Ursprunge. Die Dynamik der Methode durchströmt lösend die Statik des Systems. Das starre metaphysische „Ding an sich“ der Rechtssatzform wird in kontinuierlich fließende Funktionen aufgelöst. Damit betritt die reine Rechtswissenschaft die Bahn moderner Logik. Das „Prinzip der relativen Apriorität“ ist die lex continuitatis. „Kraft der Kontinuität werden alle Elemente des Denkens, insofern sie als Elemente der Erkenntnis gelten dürfen, aus dem [illegible]nge erzeugt“[1]).

[illegible]och die kontinuierlich fortschreitende Funktion bedarf einer [illegible] Bezugsbasis. „Bei allem Wechsel der Erscheinungen beharret

[illegible]) Cohen, „Logik der reinen Erkenntnis“, S. 92. Kontinuität, das heißt [illegible]lische Reinheit ist zu definieren als die unabgebrochene, unendliche [illegible]nheit der Gesetzlichkeit auf Gegenständlichkeit, der Gegenständlichkeit [illegible]esetzlichkeit“ (A. Görland, „Neubegründung der Ethik aus ihrem Ver-[illegible] zu den besonderen Gemeinschaftswissenschaften“, Berlin 1918, S. 38).

die Substanz und das Quantum derselben wird in der Natur weder vermehrt noch vermindert" [1]). „Alle Veränderungen geschehen nach dem Gesetze der Verknüpfung von Ursache und Wirkung." „Wenn wir also erfahren, daß etwas geschieht, so setzen wir dabei jederzeit voraus, daß irgend etwas vorausgehe, worauf es nach einer Regel folgt." „.... so ist es auch ein unentbehrliches Gesetz der empirischen Vorstellung der Zeitreihe, daß die Erscheinungen der vergangenen Zeit jedes Dasein in der folgenden bestimmen und daß diese als Begebenheiten nicht stattfinden, als sofern jene ihnen ihr Dasein in der Zeit bestimmen, d. h. nach einer Regel festsetzen. Denn nur an den Erscheinungen können wir diese Kontinuität im Zusammenhange der Zeiten empirisch erkennen." „Also ist das Verhältnis der Erscheinungen (als möglicher Wahrnehmungen), nach welchem das Nachfolgende (was geschieht) durch etwas Vorhergehendes seinem Dasein nach notwendig und nach einer Regel in der Zeit bestimmt ist, mithin das Verhältnis der Ursache zur Wirkung, die Bedingung der objektiven Gültigkeit unserer empirischen Urteile in Ansehung der Reihe der Wahrnehmungen, mithin der empirischen Wahrheit derselben und also der Erfahrung. Der Grundsatz des Kausalverhältnisses in der Folge der Erscheinungen gilt daher auch von allen Gegenständen der Erfahrung (unter den Bedingungen der Sukzession), weil er selbst der Grund der Möglichkeit einer solchen Erfahrung ist." „Weil nun alle Wirkung in dem besteht, was da geschieht, mithin im Wandelbaren, was die Zeit der Sukzession nach bezeichnet, so ist das letzte Subjekt desselben das Beharrliche als das Substratum alles Wechselnden, d. i. die Substanz" [2]).

Letztes Subjekt der Naturfunktionen ist die „Hypothesis der Substanz". Letztes Subjekt der Rechtsfunktionen ist die „Hypothesis der Verfassung". „Verfassung" bedeutet nicht die empirischen Verfassungsgesetze, die ja selbst wandelbare, flüssige Funktionen sind, sondern die „Verfassung" als Analogie der Substanz, als letzte hypothetische Bezugsbasis der Tatbestandsfunktionen. Die „Hypothesis der Verfassung" ist kein inhaltlich erfüllter Rechtssatz — wie der contrat social des Naturrechtes —, aus dem sich unabhängig von der Rechtssatzerfahrung ein Rechtsinhalt gewinnen ließe, sondern eine

[1]) Kant, „Kritik der reinen Vernunft. Erste Analogie der Erfahrung: Grundsatz der Beharrlichkeit der Substanz."

[2]) Kant, „Kritik der reinen Vernunft. Zweite Analogie der Erscheinung: Grundsatz der Zeitfolge nach dem Gesetze der Kausalität."

methodische Hypothesis zur Erzeugung eines einheitlichen Rechtssystems. Es ist eine korrelative Hypothesis, korrelativ zu ihrem System, ein x für ein y in einer Erkenntnisgleichung, kein absolutes x. „Die Korrelativität, welche der Substanz anhaftet, bringt es mit sich, daß volle Klarheit über ihren Begriff nur erlangt werden kann in der Ausführung der Relationen, für welche sie Vorbedingung ist. Wir haben gesehen, daß die Bewegung zur Verwandlung wird, und in Aussicht genommen, daß demgemäß auch für die Beharrung ein Begriff eintreten werde, welcher ebenso die beiden Gesichtspunkte in sich geltend machen wird. Wir werden sehen, daß in jedem neuen Begriffe die Substanz zur Selbstverwandlung wird. Die Wissenschaft entwurzelt völlig das alte Vorurteil, daß die Substanz das allgemeine Sein bedeute, welches sich in einzelnen Wendungen zur Erscheinung bringe, selbst aber unabhängig von diesen einzelnen Wendungen und Erscheinungen in seiner unumschränkten, unendlichen Absolutheit verharre“[1]).

Die „Hypothesis der Verfassung“ entwurzelt völlig das alte Vorurteil des unumschränkten, unendlichen Staates, der neben und außer seinen Erscheinungen, den Rechtssätzen in Absolutheit verharrt. Der Staat als Hypothesis der Verfassung übernimmt die Rolle der Substanz als konstitutiver Grundbegriff für den empirischen Kalkül der Rechtswissenschaft. Der Staat ist korrelativ zur Rechtsordnung, hat Sinn nur in dieser Gleichungsrelation. So tritt die Hypothesis der korrelativen Verfassung an Stelle des als Faktum gegebenen über- und außerrechtlichen Staates. Die begriffliche Absolutheit ist ihm genommen, es läßt sich über ihn nur etwas aussagen durch Ausführung der Relationen, für welche er Vorbedingung ist, d. h. der Rechtssätze und deren Funktionen. Der Staat als Hypothesis der Verfassung ist Einheitsausdruck der Rechtsordnung, ist gleich dem einheitlichen Rechtssystem, in dessen Tatbestandsfunktionen er seine Selbstverwandlungen vollzieht. Die Absolutheit des Staates aber als „Dinges an sich“ wird im Sinne kritischer Philosophie zur Idee, zur nie erfüllten Aufgabe der Totalität des Rechtssystems. „Die Vernunfteinheit ist die Einheit des Systems, und diese systematische Einheit dient der Vernunft nicht objektiv zu einem Grundsatze, um sie über die Gegenstände, sondern subjektiv als Maxime, um sie über alle mögliche empirische Erkenntnis der Gegenstände zu verbreiten“[2]). So spaltet sich — analog dem Substanzbegriff der

[1]) Cohen, „Logik der reinen Erkenntnis“, S. 246.

[2]) Kant, „Kritik der reinen Vernunft“, Ausgabe E. Cassirer, S. 463.

dogmatischen Metaphysik — der dogmatische Staatsbegriff in den **konstitutiven Grundsatz** der korrelativen Hypothesis der Verfassung, die **Kategorie der Verfassung**, und den **regulativen Grundsatz**, die Idee (unendlich anzustrebende, nie erfüllte Aufgabe), das rechtlich Unbedingte zu finden als Maxime, „den empirischen Gebrauch der Vernunft **durch Eröffnung neuer Wege, die der Verstand nicht kennt**, ins Unendliche (Unbestimmte) zu befördern und zu befestigen, ohne dabei jemals den Gesetzen des empirischen Gebrauches im mindesten zuwider zu sein"[1] [2].

Daraus ergibt sich auch, was Kontinuität der Veränderung für die Rechtswissenschaft bedeutet. So bedeutet z. B. die „Abänderung" eines Gesetzes durch ein neues Gesetz ein Verfahren, in welchem das alte Gesetz dem neuen **nach einer Regel**, d. h. nach einem Rechtssatze höherer Stufe, dem Verfassungsgesetze (welches den Tatbestand der einfachen Gesetzgebung „regelt"), die systematische Stelle bestimmt. Ob also zwischen dem alten und dem neuen Gesetze Kontinuität herrscht, läßt sich nicht durch Betrachtung dieser Systemstufe, durch Vergleichung des alten oder neuen Gesetzes bestimmen, sondern durch Bestimmung eines Gesetzes höherer Stufe, welches Erzeugungsregel der „Veränderung" war. Dieser Grundsatz gilt selbstverständlich für Rechtsveränderungen auf allen Stufen. **Ob zwischen den Rechtserscheinungen einer Stufe Kontinuität herrscht, kann nur durch Rückgang zur nächsthöheren Stufe, durch einen Schritt dem Ursprunge des Systems entgegen, ausgemacht werden.** Ob also zwischen zwei (empirischen) Verfassungen Kontinuität herrscht, läßt sich nicht durch Vergleichung dieser beiden Verfassungen, sondern nur durch Aufsuchen einer höheren

[1]) Kant, „Kritik der reinen Vernunft", Ausgabe E. Cassirer, S. 461.

[2]) Der heute in der Jurisprudenz gebrauchte „Begriff des Staates" deckt eigentlich mehrere ganz verschiedene Begriffe, deren jeder einen besonderen Terminus beanspruchen würde. Wir stellen hier nur vorläufig zusammen: a) Der Staat als Idee der Totalität des Rechtssystems, b) der Staat als Hypothesis der Verfassung (als Einheit des Rechtssystems), c) der Staat als Ausdruck eines Komplexes empirischer Verfassungsgesetze (gebräuchlich bei Erörterung des Problems der Staatenentstehung, indem man mit der Setzung und Durchführung der Verfassungsgesetze den Staat entstanden sein läßt), d) der Staat als völkerrechtlicher Haftungskomplex (z. B. der Staat „haftet" für die Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verträge, d. h. gegen eine bestimmte Gruppe von Menschen und Sachgütern können sich bei Verletzung des Vertrages völkerrechtliche Rechtsmittel, Repressalien, Kriege richten), e) der Staat als „Fiskus", d. h. als bestimmter Haftungskomplex von Sachgütern, gegen den sich gewisse Verfahren richten können.

Stufe bestimmen. Ist die „Abänderung" in den Formen der alten Verfassung erfolgt, dann verbürgt der die Revisionsklausel enthaltende Rechtssatz die Kontinuität, denn er ist im Verhältnisse zu den übrigen Verfassungsgesetzen eine logisch höhere Stufe. Ist die Verfassungsänderung unter Verletzung der Revisionsklausel oder trotz Mangels einer solchen Revisionsklausel erfolgt, dann ist es das Völkerrecht, welches die Kontinuität verbürgt.

Die reine Rechtswissenschaft löst das Völkerrecht aus seiner bisherigen Isolierung und stellt es als höchste Stufe in das Weltrechtssystem ein. Die Idee des Staates, d. h. die Aufgabe der Totalität des Rechtssystems, treibt die reine Rechtswissenschaft vom empirisch Bedingten zum empirisch Bedingenden dem nie erreichbaren Unbedingten entgegen aufzusteigen, „solange es angeht" (Kant). Damit gelangt sie über die einzelnen „Staatsrechtssysteme" hinaus zu deren Bedingung, dem Völkerrechte, in dem alles „Staatsrecht" eingewurzelt ist. Das Völkerrecht ist, um Konstantin Frantz' prophetisches Wort zu wiederholen „die Krone alles Rechtes, woraus alles andere Recht erst sein volles Licht erhält"[1]).

III.

Die Dogmatik des öffentlichen Rechtes hat es zwar bisher als eine ihrer unbestrittenen Grundlehren betrachtet, daß der „Staat" ein nur durch soziale Vorgänge gegebenes Faktum sei, seine Entstehung und sein Untergang jenseits der juristischen Konstruktion liegen. Aber von dieser Grundlehre wurde gar sehr abgewichen, wenn es galt, an Stelle abstrakter Prinzipien konkrete Konstruktionen zu setzen. Allüberall, wo die Dogmatik des öffentlichen Rechtes die Entstehung konkreter Staaten (im Rechtssinne) zu konstruieren unternimmt, gerät sie von ihrer eigenen Grundlehre aus in das „Mysterium" der Entstehung von „Recht" aus „Nicht-Recht". Das Dogma der Urzeugung (generatio aequivoca, spontanea) — seinem logischen Kerne nach eine mißglückte Lösung des Problems des reinen Ursprunges, der Methodenreinheit — beherrscht in vollem Maße die

[1]) Wir müssen uns im Rahmen dieser Ausführungen den Beweis versagen, daß die gesamte Staats- und Völkerrechtsliteratur der letzten Jahrzehnte die immer stärker hervortretende Tendenz zu einer derartigen Bestimmung des Völkerrechtes hatte. Daß diese Bestimmung nicht bewußt versucht wurde, ist vor allem in der „radix malorum" (Preuß) des Souveränitätsdogmas begründet. Vgl. in diesem Zusammenhange: H. Krabbe, „Die Lehre von der Rechtssouveränität", Groningen 1906, und L. Nelson, „Die Rechtswissenschaft ohne Recht", Leipzig 1917.

Dogmatik des öffentlichen Rechtes. Aber da bei konkreten Konstruktionen die Widersprüche dieses Dogmas mit peinlicher Schärfe hervortreten, werden an den Ursprung der Rechtssysteme unklare Gebilde gesetzt, welche den Übergang vom rechtsfreien in den rechtserfüllten Raum vermitteln sollen und sich als halb rechtliche, halb natürliche Tatbestände darstellen. Wir erinnern hier nur an Bindings „Vereinbarung", Kuntzes „Gesamtakt", Jellineks „Selbstverpflichtung"[1]). Alle diese Begriffe gehen ihrem logischen Kerne nach auf den contrat social des Naturrechtes zurück. Man versucht, die ideelle Hypothesis der Verfassung durch ein materielles Dogma, ein „Ding an sich" jenseits aller rechtlichen Erfahrung zu ersetzen. Dabei übersieht man noch, daß man von der Frage der „revolutionären" Erzeugung der empirischen Verfassungsgesetze gar nicht unmittelbar zum Probleme der Hypothesis der Verfassung gelangt, weil die empirischen Verfassungsgesetze eben nicht die letzte erschließbare empirische Stufe des Rechtssystems sind, sondern über ihnen der Stufenbau des Völkerrechtes anhebt. Dennoch drängt sich überall

[1]) An dogmatischer und kritischer Literatur über diese und verwandte Begriffe vergleiche: K. Binding, „Die Gründung des Norddeutschen Bundes", Leipzig 1889, J. E. Kuntze, „Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff", Leipzig 1892, A. Haenel, „Deutsches Staatsrecht", I. Leipzig 1892, S. 14 ff., A. Menzel, „Die Arbeiterversicherung nach österreichischem Rechte", Leipzig 1893, S. 115 ff., F. Regelsberger, „Pandekten", I. Leipzig 1893, S. 302 ff., O. Nippold, „Der völkerrechtliche Vertrag", Bern 1894, O. Gierke, „Deutsches Privatrecht", I., Leipzig 1895, S. 483 ff., M. v. Seydel, „Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich", Freiburg i. B. 1897, S. 13 ff., Ph. Zorn, „Das Staatsrecht des deutschen Reiches", 2. Auflage, I., Berlin 1895, S. 17 ff., F. Fleiner, „Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848", Basel 1898, H. Rehm, „Allgemeine Staatslehre", Freiburg 1899, S. 86. ff., H. Triepel, „Völkerrecht und Landesrecht", Leipzig 1899, insbesondere S. 27 ff., G. Jellinek, „System der subjektiven öffentlichen Rechte", 2. Auflage, Tübingen 1905, S. 204 ff., G. Jellinek, „Allgemeine Staatslehre", 2. Auflage, Berlin 1905, S. 259 ff., S. 755 ff., H. Pohl, „Die Entstehung des belgischen Staates und des Norddeutschen Bundes", Tübingen 1905, S. 35 ff., S. 47 ff., C. Bornhak, „Allgemeine Staatslehre", 2. Auflage, Berlin 1909, S. 15 ff., S. 248 ff., M. Wenzel, „Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung", Tübingen 1909, S. 3 ff., G. J. Ebers, „Die Lehre vom Staatenbunde", Breslau 1910, insbesondere S. 297 ff., P. Laband, „Das Staatsrecht des deutschen Reiches", 5. Auflage, Tübingen 1911, S. 9 ff., P. Heilborn, „Grundbegriffe des Völkerrechtes", Berlin 1912, S. 40 ff., A. Arndt, „Verfassung des deutschen Reiches", 5. Auflage, 1913, S. 1 ff., Meyer-Anschütz, „Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes", München 1914, I. Teil, S. 168 ff., S. 205 ff., C. Bornhak, „Grundriß des deutschen Staatsrechtes", Leipzig 1916, S. 140 ff. u. a.

bei Konstruktion der „Rechtsschöpfungsakte" das Problem des Völkerrechtes auf. So nennt Binding die „Vereinbarung", aus welcher er die Verfassung des Norddeutschen Bundes entstehen läßt „den Tatbestand, die Entstehung der Verfassung als echten Gesetzes seine Rechtsfolge. Die Vereinbarung selbst ist weder Gesetzes- noch Rechtsvollzug, vielmehr ein rechtsbegründender Akt extra legem". Binding erkennt wohl, daß die Relation „Tatbestand-Rechtsfolge" nur innerhalb eines Rechtssystems Sinn hat. Ein Tatbestand im rechtsfreien Raume, der eine Rechtsfolge im rechtserfüllten Raume nach sich zieht, ist das Mysterium der generatio aequivoca. Und Binding erklärt, in dieses Mysterium nicht weiter eindringen zu wollen. Aber nicht jeder Tatbestand, meint Binding, könne die Rechtsfolge der Verfassungs- (Staatsschöpfung) nach sich ziehen. Sie könne sich nur darauf gründen, daß der Tatbestand „die Potenzen enthält, welche auch innerhalb des Rechtslebens als gesetzbegründend angesehen werden. Das sind Bildung und Erklärung eines Gemeinwillens, dem alle, denen er gelten will, Folgeleistung schulden." Damit hat Binding erkannt, daß Recht nur aus Recht entstehen könne. Er sucht dieser methodischen Erkenntnis durch Konstruktion der quasirechtlichen „Vereinbarungs"kategorie gerecht zu werden. Dringen wir aber auf volle Klarheit, so ergibt sich, daß die Rechtsnatur der sogenannten „Vereinbarung" nur aus Sätzen des Völkerrechtes ablesbar ist.

In ähnliche Schwierigkeiten gerät Kuntze, der den „Gesamtakt" zunächst als ein Rechtsgeschäft innerhalb des Rechtssystems bestimmt und dann den Gesamtakt als Schöpfung des Bundesstaates, des Rechtssystems, innerhalb dessen dieses Rechtsgeschäft allein Sinn hat, untersucht. Kuntze bemerkt zwar, daß bei Schöpfung der Staaten „oft große Ereignisse des Völkerlebens hineinspielen, welche der beschränkten Typenwelt des Juristen spotten", aber er weicht diesem Probleme vorsichtig aus.

Für die reine Rechtswissenschaft bedeutet das Problem der Staatsschöpfung: in welchem Verfahren werden die Verfassungsgesetze erzeugt? Die Antwort lautet: Im völkerrechtlichen Anerkennungsverfahren. Der Völkerrechtswissenschaft ist allerdings die Anerkennung des Staates durch die Völkerrechtsgemeinschaft nur ein deklarativer, kein konstitutiver Akt[1]). Ein vorhandenes, außer-

[1]) Vgl. nur A. Heffter: „Das europäische Recht der Gegenwart", Berlin 1873, S. 46 ff., Martens-Bergbohm, „Völkerrecht", Berlin 1883, I., S. 270 ff.. Holtzendorff-Stoerk, „Das europäische Völkerrecht" in Holtzendorffs „Enzyklopädie der Rechtswissenschaft", 5. Auflage, Leipzig 1890, S. 1284 ff.,

rechtlich gebildetes Staatsfaktum werde in der Anerkennung als solches deklariert, nicht neu konstituiert. Doch die Unterscheidung konstitutiver und deklarativer Rechtsakte ist gänzlich hinfällig[1]). Alle Rechtssatzfunktionen sind konstitutive Akte, weil in ihrem Verfahren Tatbestände = Rechtssätze zur Erzeugung gelangen. Die vorprozessualen Tatbestände bleiben außerhalb des Systems der reinen Rechtswissenschaft. So ist auch der vorprozessuale, vor dem völkerrechtlichen Anerkennungsverfahren liegende, natürliche Tatbestand „Staat" für die reine Rechtswissenschaft irrelevant. Die völkerrechtliche Rechtssatzform „Anerkennung eines neuen Staates" bedeutet erst den rechtlichen Tatbestand „Staat" = Verfassungsgesetze. Die ratlose Verworrenheit der Völkerrechtsliteratur in Bezug auf die Bedeutung des „Anerkennungsaktes" läßt die Unhaltbarkeit der bisherigen Problemlösungsversuche klar hervortreten.

Zur Beleuchtung der bisherigen Lösungsversuche sei zunächst nur ein einziges Beispiel aus der Literatur kurz erörtert, und zwar kein Beispiel aus der Literatur des Völkerrechtes, sondern aus der Literatur des Privatrechtes: Gierkes Theorie der Körperschaftsentstehung, welche dasselbe Problem auf einer anderen Stufe betrifft. Gierkes Körperschaft ist — wie allgemein bekannt — „reale Gesamtperson". Welche Art der Realität ist aber gemeint? Realität innerhalb eines historischen, soziologischen oder politischen Systems oder innerhalb eines Rechtssystems? Das ist das Grundproblem. Denn es gibt keine „Realität an sich", sondern nur relative Realität innerhalb eines bestimmten Erkenntniszusammenhanges. Zwei Behauptungen Gierkes treten einander schroff gegenüber: „Die Verbandsperson ist nur kraft Rechtssatzes Person" und „die Erzeugung von Gemeinwesen erfolgt durch Lebensvorgänge, in denen sich die soziale Schöpfungskraft des Menschen offenbart". Diese „Lebensvorgänge" sind: Die Bildung des persönlich-unpersönlichen Substrates der Körperschaft und der Vereinigungsakt als „sozialrechtlicher Konstitutivakt". Damit mag vielleicht eine Körperschaft

A. Rivier, „Lehrbuch des Völkerrechtes", Stuttgart 1899, S. 92 ff., K. Gareis, „Institutionen des Völkerrechtes", Gießen 1901, S. 63 ff., A. Zorn, „Grundzüge des Völkerrechtes", 2. Auflage, Leipzig 1903, S. 28 ff., Bonfils-Grah, „Lehrbuch des Völkerrechtes", Berlin 1904, S. 106 ff., E. v. Ullmann, „Völkerrecht", Tübingen 1908, S. 124 ff., F. v. Liszt, „Das Völkerrecht", 11. Auflage, Berlin 1918, S. 46 ff.

[1]) Vgl. auch F. Weyr, „Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten", „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", 1917, 4. und 5. Heft.

als „Realität" „historisch-soziologischer" Betrachtung entstanden sein. Nun bedarf es aber nach Gierke noch der „Anerkennung" der Körperschaft durch die Rechtsordnung. „Die Anerkennung eines Gemeinwesens als Verbandsperson erfolgt durch einen sie aussprechenden Rechtssatz, der entweder dem Gewohnheitsrechte oder dem Gesetzesrechte angehören kann. Sie wird schlechthin versagt, wenn der Vereinigungsakt wider ein Verbotsgesetz verstoßt", das heißt: die „Realität" der Gesamtperson im rechtlichen Sinne ist unabhängig von der „Realität" der Gesamtperson im natürlichen (historischen, soziologischen oder politischen) Sinne. Diese beiden „Realitäten", nämlich die des natürlichen, vorprozessualen Tatbestandes „Körperschaft" als Inbegriff subjektiver Meinungen, Wünsche oder Chancenwägungen und die des im Anerkennungsverfahren erzeugten, im Anerkennungsakte erscheinenden rechtlichen Tatbestandes „Körperschaft" gehören verschiedenen Methodengebieten an. Für die reine Rechtswissenschaft kommt nur die anerkannte Körperschaft, d. h. nur die Rechtssatzform „Anerkennungsakt", in Betracht.

Ebenso zwiespältig, wie Gierkes Theorie der Körperschaftsentstehung ist die herrschende Theorie von der völkerrechtlichen Anerkennung neu entstandener Staaten. Die „Tatfrage", d. h. die Frage, ob Soziologie und Politik annehmen dürfen, daß ein „Staat" genannter Herrschaftsapparat entstanden ist und die „Rechtsfrage", d. h. die Frage, ob ein Staat im Rechtssinne, d. h. ein Rechtssatz mit dem „Tatbestande" „Staat" vorliegt, werden immer wieder verwechselt. Allerdings — die herrschende völkerrechtliche Doktrin legt den Hauptakzent auf die „Tatfrage", befindet sich in offenbarer Verlegenheit, welche Bedeutung eigentlich dem völkerrechtlichen Anerkennungsakte zukommt. Der Staat entsteht im wesentlichen „durch Lebensvorgänge, in denen sich die soziale Schöpfungskraft der Menschen offenbart", während die Entstehung durch Rechtssatz ganz im Hintergrunde steht. Die herrschende völkerrechtliche Doktrin von der völkerrechtlichen Anerkennung neu entstandener Staaten bietet ein schlagendes Beispiel dafür, daß die Rechtswissenschaft ihr eigentliches Material — die Rechtssätze — verlegen bei Seite schiebt, um metajuristisches Material — soziale Lebensvorgänge — zu untersuchen.

Hier kann nur eine knappe Übersicht über einige charakteristische Darlegungen der bezüglichen Literatur geboten werden: „Die Entstehung der Einzelstaaten in ihren mancherlei Nuancen ist im allgemeinen eine Tatsache des historischen Prozesses. — — —

Vollendet ist die Entstehung als Tatsache, sobald sich die schon oben — — — angezeigten Elemente vorfinden: Masse, Wille und Kraft, sich als Staat zu behaupten. Hiemit ist freilich auch schon für andere eine Nötigung verbunden, jenen neuen Staat als Staat für sich bestehen zu lassen; allein erst dann ist nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit, denen das christliche europäische Völkerrecht huldigt, die Entstehung juristisch korrekt und der neue Staat legitim, wenn durch seine Schöpfung keine Rechte anderer verletzt sind (neminem laede!) oder sobald die zugefügte Rechtsverletzung beseitigt oder von dem Verletzten aufgegeben ist. Dieser selbst kann daher nicht allein die Entstehung des neuen Staates hindern, sondern auch den bereits entstandenen auf den früheren Rechtsstand zurückzuführen suchen oder dafür Entschädigung fordern, und so lange der beiderseitige Kampf dauert, der sein altes Recht vindizierende Staat nicht dasselbe aufgibt oder nicht ganz außerstand zu seiner ferneren Verfolgung gesetzt wird, ist kein dritter verpflichtet oder berechtigt, den neuen Staat anzuerkennen oder mit ihm als solchem einen politischen Verkehr zu beginnen. Bloß der natürliche Verkehr der Völker, namentlich der kommerzielle, kann durch jenen Kampf nicht gehindert werden. soweit nicht der Kriegszustand hier Beschränkungen setzt. Ob ein Recht durch die neue Schöpfung verletzt werde, liegt außerhalb der Kompetenz dritter Staaten, die nicht selbst Parteien sind. Für sie ist jene Schöpfung nichts als eine Begebenheit, eine weltgeschichtliche Revolution, und deren Geschehenlassen oder Hemmung eine Frage der Politik und Sittlichkeit, dagegen für die bisher in einem Staatsverbande begriffenen ist sie eine Rechtsfrage, worüber das innere Staatsrecht entscheiden muß, nebenbei auch für dritte Mächte, welche eine Integrität des bisherigen Staatsverbandes stipuliert oder aus anderen Rechtsgründen im eigenen Interesse zu fordern, nicht aber bloß akzessorisch verbürgt haben: Unter allen Umständen ist der neue Staat schuldig, jede Verbindlichkeit, die seinen Teilen noch aus dem bisherigen Verhältnis obliegt, zu erfüllen. Anderseits bedarf es für ihn keiner ausdrücklichen Anerkennung der schon bestehenden Mächte zu seinem Dasein; er ist ein Staat, weil er es ist; und eben so wenig ist ein schon bestehender Staat zu einer politischen Anerkennung oder zur Eröffnung eines politischen Verkehres mit dem neuen verpflichtet, wenn nicht das eine wie das andere den politischen Interessen zuträglich befunden wird. „Die Anerkennung ist eben nichts als die Bekräftigung der völkerrechtlichen Existenz und die Zu-

lassung eines neuen Gliedes in die schon bestehende völkerrechtliche Genossenschaft." Diese aus dem Jahre 1873 stammenden Darlegungen **Heffters** enthalten alle gedanklichen Elemente der herrschenden Lehre von der völkerrechtlichen Anerkennung neu entstandener Staaten in derartiger Vollständigkeit, daß wir hier weitere Anführungen unterlassen können. Grunddogma ist: Die Staatsentstehung ist ein Faktum, ein Faktum der Revolution, also ein natürlicher, metarechtlicher Tatbestand. Wann ist aber jenes Faktum vorhanden? Die herrschende Lehre antwortet: Wenn alle Elemente des Staates als Herrschaftsorganisation vorhanden sind. Wird aber die weitere, allein ausschlaggebende Frage gestellt, wann eben jene wesentlichen Staatselemente als gegeben anzunehmen sind, dann erhalten wir Antworten, die **Heffters** Behauptung: „Der Staat ist, weil er es ist", gleichwertig sind. Die Frage wird als eine Machtfrage hingestellt (Möglichkeit der Durchsetzung als Staat), als eine psychologische Frage (Möglichkeit, anderen Staaten die Vorstellung eines neu entstandenen Staates zu suggerieren), als eine politische Frage (Möglichkeit gesicherten Verkehres mit dem neu entstandenen Staat) usw. Völkerrechtswissenschaft und Staatsrechtswissenschaft verweigern also jede juristische Erkenntnis des „Staates". Dieser negative Standpunkt könnte vielleicht zur Not festgehalten werden, wenn eben nicht die Rechtswissenschaft doch gezwungen wäre, die Entstehung des Staates als eine „rechtserhebliche" Tatsache anzusehen. Wie **Gierke** trotz aller Versicherungen der natürlichen Realität der Körperschaft schließlich doch zum anerkennenden Rechtssatze seine Zuflucht nehmen muß, weil nur durch die „Anerkennung" die Körperschaft im Rechtssinne, d. h. eine Rechtssatzform mit dem Tatbestande „Körperschaft" als Voraussetzung bestimmter Haftungen („im Verhältnis nach innen", zu den Mitgliedern der Körperschaft und „im Verhältnis nach außen", zu dritten Personen) entsteht, so muß auch die Völkerrechtswissenschaft schließlich die „Anerkennung" des neuen Staates betonen, weil nur durch die Rechtssatzform „Anerkennung" der Staat im Rechtssinne, d. h. die Voraussetzung für bestimmte Haftungen („im Verhältnis nach außen", gegen dritte Staaten, und „im Verhältnis nach innen", gegen die Staatsbürger) zur Erzeugung gelangt. Wenn wirklich die Entstehung eines Staates ein bloß natürliches, revolutionäres Faktum jenseits des Rechtes wäre, dann bliebe es unverständlich, warum dieser neu entstandene Staat nicht gegen gewisse völkerrechtliche „Verbotsgesetze" verstoßen darf, warum das Völkerrecht an die Entstehung des Staates juristische Maß-

stäbe anlegt. „Die hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisse sind teils solche, deren Fortdauer ungeachtet des Erlöschens der völkerrechtlichen Persönlichkeit nicht bezweifelt wird, teils solche, bezüglich welcher Meinungsverschiedenheit besteht. Zu den ersteren gehören Grenzbestimmungen, Staatsservituten, Verträge über Erhaltung von Verkehrswesen, Wasserstraßen, über Eisenbahnabschlüsse u. dgl.; es handelt sich hier um erworbene Rechte dritter Staaten, welche den rechtlichen Bestand des inkorporierten Territoriums unmittelbar berühren; deren Negierung seitens des Erwerbers würde einen offenbaren Rechtsbruch bedeuten, denn ein Staat, der im Geltungsbereich des Völkerrechtes als Subjekt von Rechten Anerkennung beansprucht, kann ohne Negierung der Grundlagen des rechtlichen Verkehrs der Staaten nicht willkürlich Rechte ignorieren, die mit Rücksicht auf einen internationalen Tatbestand entstanden sind." Wird der Kern dieser Ausführungen Ullmanns herausgeschält, so ergibt sich: Der neue Staat ist Staat im Völkerrechtssinne nur dann, wenn er gegen völkerrechtliche Verbotsgesetze nicht verstößt. Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt im völkerrechtlichen Anerkennungsverfahren. Erst mit der Anerkennung ist der Staat im Sinne des „Völkerrechtes" entstanden. Aber auch im Sinne des „Staatsrechtes"! Denn auch im „Verhältnis nach Innen", zu den Staatsbürgern, ist der Staat im Rechtssinne erst mit der völkerrechtlichen Anerkennung vorhanden. Wird diese Anerkennung verweigert, weil den völkerrechtlichen Verbotsgesetzen nicht entsprochen wurde, dann entspringt dem revolutionären Geschehen nimmermehr ein „Staat", sondern es ist nur der „Anstoß" zu einem völkerrechtlichen Strafverfahren (Intervention) gegeben, in welchem durch Vollstreckung das neue Faktum „Staat" zerstört oder erst ein normgemäßer Staat erzeugt wird. Vor der völkerrechtlichen Anerkennung kann im Verhältnis nach Außen und Innen nur von einem „Staate" im politisch-soziologischen Sinne, als Machtfaktum gesprochen werden. Die Rechtsgewißheit, d. h. gültiges Recht, entsteht erst mit dem Anerkennungsakte. Mit Recht erblickt daher Gareis die Bedeutung des völkerrechtlichen Anerkennungsaktes darin, „daß Zweifel über die Existenz oder Nichtexistenz eines Staates (oder seiner Ausdehnung) beseitigt werden". Es ist eben das Wesen des Rechtsverfahrens, subjektive Meinungen zur Objektivität der Rechtssätze zu erheben. Nicht anders steht es mit der Entstehung der Körperschaft: Vor ihrer Anerkennung besteht keine Körperschaftshaftung nach Außen und Innen. Was vor der An-

erkennung liegt, ist faktisches, metajuristisches Geschehen. Erst mit der Anerkennung durch die Rechtsordnung ist eine Körperschaft im Rechtssinne als bestimmte Art der Haftung gegenüber dritten Personen und gegenüber den Mitgliedern erzeugt. Es wäre aber ein abwegiger Gedanke, wenn etwa behauptet würde, daß der Staat zumindest als „Rechtsverhältnis nach Innen", d. h. gegenüber seinen Bürgern in seiner rechtlichen Existenz von der völkerrechtlichen Anerkennung unabhängig sei, daß er sich in dieser Beziehung von den übrigen Körperschaften unterscheide. Denn „Rechtsverhältnis nach Außen und Rechtsverhältnis nach Innen" — übrigens keine Unterscheidung der reinen Rechtswissenschaft — sind derart miteinander verquickt, daß nur mit der Rechtsgewißheit über das eine, die Rechtsgewißheit über das andere vorhanden ist. Würde eine Rechtsordnung nur die „Verhältnisse nach Außen" einer Körperschaft — z. B. Aktiengesellschaft — vorschreiben, so wäre trotzdem alles was vor der Anerkennung im „Verhältnis nach Innen" zwischen den Mitgliedern geschehen ist, niemals „Körperschaft", sondern rechtlich bedeutungslos oder Möglichkeit anderweitiger, in der Rechtsordnung geregelter, nicht körperschaftlicher Haftungen. Und wenn das Völkerrecht sich in den meisten — nicht in allen Fällen — damit begnügt, nur die Rechtsverhältnisse des „Staates" nach Außen zu regeln, die inneren „staatsrechtlichen" Verhältnisse hingegen dem freien Ermessen gewisser Personen zu überlassen, so ist dennoch alles, was vor der völkerrechtlichen Anerkennung im Verhältnis nach Innen geschehen ist, entweder rechtlich bedeutungslos oder vorrechtliche Möglichkeit anderweitiger, nicht staatlicher Haftungen.

Wir wissen, daß unsere letzten Ausführungen aus dem Gesichtspunkte des „Souveränitätsdogmas" heftigem Widerspruche begegnen können. Doch unterlassen wir es, uns hier mit dem Souveränitätsbegriffe auseinanderzusetzen. Es bliebe auch nach den Untersuchungen Preuß', Krabbes und insbesondere Nelsons in kritischer Hinsicht wenig Neues zu sagen übrig. Für die reine Rechtswissenschaft bedeutet „Souveränität" die Methode des reinen Ursprungs, die Ablehnung der Aufnahme jedes metarechtlichen Faktums in das Rechtssystem. „Souveränität" bedeutet kein „Machtfaktum", sondern das Postulat, die Idee der juristischen Methodenreinheit. Und gerade dieses Postulat der Reinheit des Rechtssystemes ist es, welches das „Faktum der Revolution", die metarechtliche Staatsentstehung überwindet. Im Systeme der bisherigen Staatsrechtslehre ergibt sich ein Punkt, an welchem die Kontinuität des Rechtes abzubrechen scheint

und brutale Machtfaktoren einbrechen. Aber die Idee der Souveränität und der Totalität des Rechtssystems überwindet diese Krise juristischer Erkenntnis, indem sie uns den neuen Weg des Aufstieges zum Völkerrecht eröffnet, das jene die Kontinuität des Rechtes verbürgenden „Regeln" enthält, als deren Tatbestandsfunktion der „revolutionär" entstandene „Staat" hervortritt.

Der „Staat", recte die empirischen Verfassungsgesetze, denn nur diese stehen jetzt zur Frage, werden im völkerrechtlichen Anerkennungsverfahren erzeugt. Jene völkerrechtlichen Sätze, welche „Erzeugungsregel" des völkerrechtlichen Anerkennungsverfahrens sind, verbürgen die rechtliche Kontinuität der durch eine „Revolution" getrennten Verfassungsgesetze. Das „Faktum" der Revolution ist lediglich vorrechtlicher „Anreiz", „Ausgangspunkt" des völkerrechtlichen Anerkennungsverfahrens, in welchem der rechtliche Tatbestand „Staat" als Tatbestand der Rechtssatzform „Anerkennungsakt" erscheint.

Nur eine Schlußbemerkung sei uns noch gestattet. Die Unterscheidung „Völkerrecht—Staatsrecht" gehört wie die Unterscheidung „Staatsrecht – Landesrecht—Gemeinderecht" einer „künstlichen" Rechtssystematik an. Material der reinen Rechtswissenschaft ist die gesamte rechtliche Erfahrung, d. h. alle empirisch erschließbaren Rechtssätze. Die Rechtssätze nach immanenten Prinzipien in einem „natürlichen" Rechtssysteme zu bestimmen, ist Aufgabe der reinen Rechtswissenschaft. Ist die „Natur", d. h. die „Natur der Naturwissenschaft", nicht die Natur des Erlebnisses, welche leuchtet, duftet und tönt, nach Kant „formaliter spectata der Inbegriff der Gesetze, materialiter spectata der Inbegriff der Erscheinungen", so ist das „Recht", d. h. „das Recht der Rechtswissenschaft", nicht das Recht des Erlebnisses, welches Wohl und Wehe der ihm unterworfenen Menschen bedeutet, „formaliter spectatum der Inbegriff der Rechtssätze, materialiter spectatum der Inbegriff der Tatbestände". Dies ist der juristischen Weisheit letzter Schluß. Aber kein Schluß, der zur Resignation führt, sondern ein Feld nie endender Probleme eröffnet. Der „letzte" Schluß wird „erster" Schluß als methodische Grundlegung einer unendlichen Aufgabe. Diese Aufgabe ist „die Idee des Staates", die Idee der Totalität des Rechtssystems. Die „Hypothesis der Verfassung" hingegen, welche nicht jenseits der empirischen Verfassungsgesetze, sondern erst jenseits des Völkerrechtes als Problem entsteht, bedarf keiner „Weltstaatsverfassung" im politischen Sinne,

als Erdvölker und Erdgebiete umfassender Herrschaftsorganisation. Die „Hypothesis der Weltverfassung" ist ebensowenig empirisch erfahrbar, wie die „Substanz" der Naturwissenschaft. Die „Hypothesis der Weltverfassung" ist keine Utopie, kein politisches Ziel, kein frommer Wunsch. Die „Welt" der reinen Rechtswissenschaft bedeutet nur Rechtssätze. Und die „Hypothesis der Weltverfassung" bedeutet nicht mehr und nicht weniger als einen konstitutiven Grundbegriff, eine Kategorie der reinen Rechtswissenschaft.